

平等原則における立法者拘束説

——ワイマール憲法第109条1項の理論的基礎——

(1)

熊 田 道 彦

I 序 論

自由は、少数者の保護のために仕え、平等は、多数者の支配のために仕える。両者は、本質的に、相容れない概念である。しかし歴史的に見れば、この二概念が、絶対君主制打倒を叫ぶ抵抗の論拠として用いられていた間は、両者は、統一的な政治的要請として、結合されていたし、また結合されることもできた。その時点においては、封建的身分に対する個人の自由獲得の、そしてまた同時に平等獲得のための要求でもあったからに他ならない。この意味において、自由と平等とは、当時、自明的に結合するものとして、あるいは同一のものとして把握されていたとすらいえる¹⁾。

ところが、専制的な絶対君主制（そしてその権力の基本条件であった封建的土地所有制）が廃棄され、さまざまな人権が基礎にすえられ、近代的市民秩序が確立され、そして市民的民主主義国家が、市民階級によって打ち建てられたとき、自由と平等とは、本質的に対立し、矛盾する概念として、自覚されるに至った。両者は、相互に、対立し、抗争するようになる。

かくて自由と平等とはともに前近代的な桎梏の克服を要請する抗争的な観念として、その当初において、人々が要求しながら、同時に本来相容れないこの両者を、当時、両立するものとして把握し、近代社会構成の原理として設定した時に、近代社会はすでに矛盾と崩壊の種子をその中に胚胎した。

本稿は、その一方である平等原則に関する一考察である。

ところでこの平等原則が、最初に、定められたのは、1776年6月12日のヴァージニア権利章典においてであることは、今日、一般に承認されている。しかしそこでは、人は生まれながらにして平等である²⁾ という点が強調され、法律の前に平等であるという点は、まだ強調されてはいなかった。そこでは、W. ベッケンフェルデも指摘しているように、法律の適用面における抽象的、機械的平等を意味するには至らなかったのである³⁾。市民革命成就後、実現した人的法的平等は、そこまでで、小休止した。

今日見られる「法律の前の平等」という文言が、最初に、成文化されたのは、1793年のフランス憲法においてであった。爾来19世紀における代表的諸憲法の中に、それは採用された。そしてその文言の「始源的形態は、その政治的牽引力のゆえに、維持されはしたが、平等の要請は、やがて2度目の意味の変更を経験した⁴⁾」。当初、そこにおいては、法律の前の平等は、まだ、議会に対して、立法の保障を要請することまでを考えてはいなかった。なぜなら人々は、議会こそが、基本権を一番よく保障してくれると信じていたからである。憲法は、その理念と特質とを、もっぱら執行府に対して、向けてい

1) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. Berlin 1928, S. 226. derselbe, *Legalität und Legitimität*, München u. Leipzig, 1932, S. 22 ff. derselbe, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. Aufl., München, 1926, S. 32.

2) Section 1: That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights…….

3) W. Böckenförde, *Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin, 1957, S. 39.

4) Böckenförde, *a. a. O.*, S. 40.

たのである。したがって、そこでの「法律の前の平等」の意味は「規範の執行 Normvollziehung は、人によって差別することなく、すべての者は、法の適用にあたって、平等に取扱われるようになされるべきである⁵⁾」という、換言すれば、19世紀の平等原則は、一般に、いわゆる法適用の平等をその内容に持つと説明されているものに他ならない。

しかし、やがて、ヨーロッパの若干の国々において、人々は、全能な立法府の恣意に対する安全装置を求めるに至る。それは立法府もまた平等原則に拘束されなければならないことを意味する⁶⁾。

たしかに巨視的にはワイマール時代のドイツにおいても、1926年ドイツ公法教師大会⁷⁾における討論は、かような背景のもとに、平等原則から相応しい一つの内容を選び出そうとする不断の探究の表現であったということができよう。

やがてそれは、第2次世界大戦後の昭和32年10月、日本の公法学界においても輸入され、論議されたのである⁸⁾。そこでの論点とは、要約すると、次のようになる。まず、(1)法律の前の平等 Gleichheit vor dem Gesetz とは、単に法適用の平等 Rechtsanwendungsgleichheit の保障のみにとどまるのか、あるいは法的平等 Rechtsgleichheit の保障をも含むものなのか。(2) そこでの平等の内容は、絶対的平等 absolute Gleichheit であるのか、または、相対的平等 relative Gleichheit であるのか。そしてそれら二つの問題点は、おのおの分離して議論

されることなく、法適用の平等の主張は、絶対的平等説と、また法的平等説は、相対的平等説と結合されて論じられる。これと関連して、各国に共通して見られる差別禁止の具体的項目⁹⁾は、法律の前の平等と同等の権利を規定しているのか否か、さらに同じ権利のばあい、それらは例示的の列挙であるのかどうか。異なる権利のばあい、それらは、制限的の列挙であるのかどうかである。

かような解釈の対立は、単に結論の相違にとどまらず、憲法典における「法律の前の平等」の規定をとおして法解釈における両者のとる態度の対立に深く根をおろしている。

そして現在のところ、議論は、わが国のばあい、この点にまでたち至って停頓している。その状態は、結局、一方ではワイマール共和政のドイツにおける論争において理論的に定着した議論をそのままわが国に採用することにより、また他方、両者の解釈態度の相違としての「避難所」があらかじめ用意されていることにより、鋭く対立する議論を、対立のままに放置することに役立ってはいないか。

こうした素朴な問題意識から発して、すでに一見論じつくされたかに見えるこの問題をさらに掘下げて、論議の基礎的前提、換言すれば背景を明確化しようとするのが本稿の意図である。

ここに、さきの巨視的把握と同様に、微視的理解も合わせて、採用されなければならない理由が潜んでいる。すなわち諸憲法下の平等原則

5) Böckenförde, a. a. O., S. 41.

6) Böckenförde, a. a. O., S. 41. H. P. Ipsen, Gleichheit, in: *Die Grundrechte*, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, Berlin, 1955, S. 115 f. 川北洋太郎「憲法裁判に関する一考察」『学習院大学政経学部研究年報7』昭和36年, p. 65.

7) 1926年3月29日, ミュンスターで開催された。この記録は, *Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer* (以下 VVDStL と略す) Heft 3, Berlin u. Leipzig, 1927. 報告者は, E. カウフマン(S. 2—23)と H. ナヴィアスキー(S. 25—43)であった。テーマは, 同じ *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*.

8) なおこの記録は, 『公法研究』, 第18号, 1958年, 日本公法学会, p. 1 参照。

9) もとより各国の国情により, 差別禁止の具体的事項は異なる。一般的には, 人種, 信条, 性別, 社会的身分, 門地, 言語, 宗教, 出生, 血縁, 富, 政治的思想, 社会的階級および国籍などが列挙される。憲法上の規定によると, このような単に具体的事項だけを定めたもの(例えば, イタリア共和国憲法第3条, ヴェトナム共和国憲法第5条1項, ギリシャ憲法第3条.13条, 中華民国憲法第7条, ドイツ連邦共和国憲法第3条, ヨルダン・ハンミデ憲法第6条など)およびいかなる分野における差別を禁ずるかを定めたもの(例えば, イラク憲法第6条, 8条, デンマーク王国憲法第70条, ソヴィエト社会主義共和国憲法第123条, ポーランド人民共和国憲法第71条, 蒙古人民共和国憲法第69条1項, ルーマニア憲法第81条1項など)とに二分することができる。なお, 憲法調査会事務局『法の下での平等に関する各国憲法の立法例』憲資権第16号, 昭和37年 pp. 7—16 参照。

における理論的対立の背景の特殊性をも合わせて考察される必要がある。

本稿では、「法律の前の平等」に関して、もっとも激しい論議を展開し、かつのちにわが国の憲法第14条1項の解釈に多大の影響を及ぼした、ワイマール憲法第109条1項をテーマとしてとりあげ、その中心的地位を占めると考えられる平等原則における立法者拘束説の理論と背景についての考察を試みる。けだしそこでの平等原則における立法者非拘束説と立法者拘束説との間の対立は、ワイマール時代において、他の諸国に比して、きわだって尖鋭であったし、またそこでの通説の転位状況は、とりわけ急速であったからであり、またこれらのことは、ワイマール時代におけるその背景の特殊性と無縁ではなからうと考えられるからである。さらにこのワイマール時代の当該論争の理論ないし学説のみを、わが国にそのまま採入れたとしてもそれほど有意味であるとは考えられないからであり、また将来彼我のこの点の比較を志向するばあい、学説対立における背景の明確化をなすという手続きを通じてはじめて、当該平等原則の比較法的考察が結実するであろうと考えられるからに他ならない。

さらに、この平等原則における立法者拘束説は、本文で明らかにされるとおり、根底に、単に規範的考察のみならず、精神科学的・社会学的考察の必要を方法論として叫び、現にこれを採用して論じられている¹⁰⁾がゆえに、かようないわば背景的側面に深部照射をなすことなしには、理解と議論を進めることは、困難であろう。P.マイヤーが、法律の前の平等の排他的、一面的研究に考察を厳格にしぼってしまうことは、その意義を見損なうことになるとしているのは、まさにこの点を指摘するものである¹¹⁾。

したがって本稿は、多くの著者によって論ぜ

られ、紹介されている理論的展開に、考察の中心を置くよりは、むしろ立法者非拘束説と立法者拘束説との解釈態度と、その立法者拘束説の通説化の過程についてまず分析し、次にそれらの法思想史的意味すなわち当時の国法学の趨勢と平等原則における立法者拘束説のそこに占める位置、同じく国法学の潮流と立法者拘束説通説化の過程の関係を考察し最後に立法者拘束説の背景に考察の重点を置くことを意図している。

このように、ワイマール憲法第109条1項に考察を限定した理由は、積極的には、さきにも触れたように顕著な平等理論の対立の存在と、平等理論における立法者非拘束説から拘束説への明白な通説転換の検出とにあるが、他方消極的には、現在のボン基本法第3条1項においては、この立法者を拘束するか否かの問題は、憲法の条文によって確立され、学説上の憲法解釈論としての論争の意味を失ってしまったこと、すなわち、基本法第1条3項「以下の基本的権利は、直接に有効な法として、立法、行政および司法をも拘束する」および同第20条3項「立法は、憲法的秩序により、執行権および司法は、法律および法に、拘束される」との文言によって、当該立法者拘束の問題は、憲法典上、明確化され、したがって、以下の本論で述べられるように、超実証的法原理、自然法的原理あるいは条文の背後にある「価値体系」との関連から把握する方法を採用することは、もはや不用であるとして一般にみなされていることにある¹²⁾。

torischer und dogmatischer Betrachtung, Züricher Diss. 1923, Vorwort.

- 12) H. v. Mangoldt-F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlin und Frankfurt a. M., 1953, 1. Aufl., S. 198, 200 f. T. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 5. Aufl., München und Berlin 1956, S. 98. H. P. Ipsen, Gleichheit, in: *Die Grundrechte*, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, Berlin 1955, S. 157. G. Leibholz, *Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2. Aufl., München u. Berlin 1959, S. 241. H. Nawiasky, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart und Köln, 1950, S. 27. 阿部照哉「平等原則の適用」『法学論叢』第63巻2号、昭和32年、p. 58. 川北洋太郎「西ドイツ基本法における違憲立法審査権」『学習院大学政経学部研究年報1』昭和36年、pp. 90—91.

10) K. Sonthheimer, Zur Grundlagenproblematik der Deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, in: *Archiv für Recht und Sozial-philosophie*, Bd. 46, Heft 1, Neuwied/Berlin, 1960, S. 43.

11) P. Meyer, *Das Prinzip der Rechtsgleichheit in his-*

また本稿は、副題におけるように、ワイマール憲法の平等原則における立法者拘束説の理論的基礎を中心に論じられる。したがってその本筋から直接関係の有しないところは、極力排除した。例えば、立法者拘束説の背景を考察した際、1919年から1926年末までに時代を限定したのは、それである。けだし1926年末までには、当該立法者拘束説は、客観的にも、通説の地位を獲得したと考えられるからである。

以下平等原則における立法者非拘束説および立法者拘束説の学説とその解釈態度の対立にまず焦点を合わせ、そこから本論への足がかりを掴もうと思う。

II 学説およびその歴史

1. 立法者非拘束説と立法者拘束説

では「法律の前の平等」における立法者非拘束説あるいは法適用の平等説 (Lehre von der Rechtsanwendungsgleichheit) とは何か。この学説を唱える代表的公法学者 G. アンシュッツは、「この (平等) 原則の意味は、しばしば誤解されている¹³⁾」として、それについて、次のとおり続けている。「それは、『法の平等』 *Rechtsgleichheit*, 『あらゆる者に対する平等な法』 *Gleiches Recht für Alle* と呼ばれるのが常であるところのことを規定しているのではない。このことは、第109条1項についてもまた当てはまる。この『あらゆる者に対する平等な法』の思想は、この規定にではなく、すぐ次の二つの項 (すなわち第2項、第3項¹⁴⁾) および第二編また第一編¹⁵⁾の、多くのその他の諸規定に含まれている。第1項は、法律で定められるべき事項については述べておらず、法律は、それがだれ

に向けられているものであっても、遠慮なく、適用されるべきである、といってる。それは、法律の前の平等 *Gleichheit vor dem Gesetz* を命じているのであって、法律の平等 *Gleichheit des Gesetzes* を命じているのではない。それは立法者にとっての準則ではなく、法律執行者にとっての準則である。それゆえに『法律の前の平等』は、法を適用する国家機関の前の、すなわち司法と行政の前の、平等である。法律は、誰彼の別なく、執行されるべきである。この原則から、これ以上のことを引出しえない。この原則は、法律の内容については、何も記してはいないのである¹⁶⁾。そして彼は、これを根拠づける理由を、平等原則は「旧来の自由主義の思想的遺産¹⁷⁾」の一つであることに求め、したがってドイツ自身の先例、すなわち「従来了解されていたように、疑わしい場合には、ドイツの慣習的な解釈——したがってどこか外国の解釈ではなくて——に従うべきである¹⁸⁾」となし、第109条1項の解釈は、文言自体に則した解釈態度にもとづく「旧プロイセン憲法第4条および革命以前の、他のドイツ憲法の規定¹⁹⁾」のその踏襲を重視すべきこと、およびワイマール憲法制定者の意思が明確化されないままに規定が採択されていることに、おいている。

この学説は、したがって「法律の前の平等」とは、法律を適用するばあい、各人を差別して待遇してはならない、ワイマール憲法第109条1項に則して、換言すればドイツ人は、所与の法律に対して、すべて平等に適用され、差別されないことを意味する、と主張する。すなわち、この学説にあっては、法の適用段階においてのみ、この規定が作用するのであって、法の内容の領域までは、及ばない。したがってこの規定は、立法者までを拘束するものではないということになる。

これを主張する法学者には、G. アンシュッツ

13) G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., Berlin, 1933, S. 522.

14) 第109条2項と3項の規定とは次のとおり。「男子および女子は、原則として公民としての同一の権利を有し義務を負う」。「出生または身分に基づく公法上の特権または不利益は、これを廃止する。貴族の称号は、ただ氏名の一部としてのみこれを存する。将来においてはこれを付与することを得ない」。

15) 第1編とは「ドイツ国家の構成と権限」、第2編とは「ドイツ人の基本権と基本義務」のこと。

16) Anschütz, *a. a. O.*, S. 522 f.

17) Anschütz, *a. a. O.*, S. 526.

18) Anschütz, *a. a. O.*, S. 526.

19) Anschütz, *a. a. O.*, S. 527.

ツのほか、F. フライナー²⁰⁾、G. ギーゼ²¹⁾、R. トーマ²²⁾、O. マインツェル²³⁾、H. ヤーライス²⁴⁾、らがいたが、彼らの叙述に一般的に共通して言えることは、法理論ないし法解釈の対象を、もっぱら実定憲法のみ限定して、その条項から「法律の前の平等」の意味を論定しようとしていることである。「法律の前の平等」の文言自体から、いわば「何らの自己評価を伴うことなく、純理論的方法によって、(当該)法律問題に対する解釈を発見し²⁵⁾」ようとしていることである。

したがって、そこでの法解釈の基本的思考様式は「法律の前の平等」なる文言自体の中からの意味の抽出、すなわち、論理の支配であり、また利益衡量の排除である。そしてこの解釈は、執行官庁(司法および行政)によって適用される狭義の法律がつねに実質的にも拘束力をもつ法を表示するものであるとの仮説の上にたてられている。すなわち、それは実定法を評価することを拒否する立場に立ち、自然法をもって本来の意味における法と見ず、倫理、立法論として想像された理想的規範、法政策的目的等であるとの立場に立つものに他ならない。この平等原則における立法者拘束説または法適用の平等説は、法実証主義²⁶⁾に依拠しているということが

できよう。

次に立法者拘束説または法的平等説(Lehre von der Rechtsgleichheit)とはなにか。この学説を唱える代表的公法学者 G. ライプホルツはアメリカ合衆国最高裁判所とスイス連邦裁判所による解釈をしんしゃくした上で次のように、それを定義する。

「法律の前におけるすべてのドイツ人の平等は、立法権や執行権によって、法主体にむけられている正法を、その時時の法意識に従って、恣意的に取扱わないことと定義されることができ²⁷⁾」と。そして平等原則における立法者非拘束または法適用の平等は、「現在では、もはや正当化されない。それどころか第109条1項は、直接、立法者にもむけられている」として、G. ライプホルツは、その根拠を、何よりもまず「基本権の成立史²⁸⁾」に求め、「個人が、単に

26) 法実証主義の輪かくまたは核心についてふれる余裕はないが、例えば M. E. Meyer は、その核心を法秩序の論理的完結性のドグマにありとし、その当然の結果として法秩序の無欠缺性と法的事件の推論式による自動式機械あるいは、包摂機械的解決が要請される(M. E. Meyer, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1926, S. 19)とする。また J. Hatschek によれば、「解釈学的実証主義は、自然法および国家の政治的考察を決定的に排除し、このたたかいにおいて国法のための三つの基本的ドグマを発展させた。まず国法の体系が完結しており、いかなる欠缺をも許さない、というドグマを発展させた。解釈学的実証主義の第2の基本的ドグマは、法秩序は体系にまで結合されている結果、法秩序の法的諸命題 *Rechtsätze* がヒエラルヒーをなしているというドグマである。また構成によって得られた法概念のヒエラルヒーが、上の法的諸命題のヒエラルヒーと一致して生ずるとするものである。第3の実証主義の基本的要求はこうである。構成によって得られた上位の法的諸概念は、一連の法現象をとりあげ、それを包括することを認めるように、ということである」という。J. Hatschek, *Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 3, 1909, S. 51 f. 矢崎光圀「法実証主義」『法哲学講座』第4巻、有斐閣、1957, p. 216. の訳。その他 H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlin, 1927, S. 8 ff. E. Schwinge, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, 1930, S. 12 ff. 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」『現代法』15, 岩波書店, 1966, pp. 26—33. 木村亀二「法実証主義の再検討」『法哲学年報』1962, 有斐閣, pp. 18—29 参照。矢崎光圀『法実証主義』日本評論社, 1963, p. 177.

27) Leibholz, a. a. O., S. 87.

28) Leibholz, a. a. O., S. 34.

20) F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 4. Aufl., Tübingen, 1919, S. 125.

21) F. Giese, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 8. Aufl., 1931, S. 245 ff.

22) R. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Satze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen, in: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Berlin 1929, Bd. 1, S. 23. derselbe, Grundrechte und Polizeigewalt, in: *Festgabe für das Preuss, OVG*, Berlin 1925, S. 183 ff.

23) O. Mainzer, *Gleichheit vor dem Gesetz—Gerechtigkeit und Recht*, Berlin, 1929, S. 35 ff., S. 48.

24) H. Jahrreiss, Die Staatsbürgerliche Gleichheit, in: *HDStR II*, Tübingen, 1932, S. 629. vgl. H. P. Ipsen, Gleichheit, in: *Die Grundrechte*, herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Berlin, 1954, Bd. 2, S. 118, N. 24.

25) G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Göttingen, 1959, S. 78 f. 野田良久・阿南成一訳「法哲学入門」『実法定と自然法』ラードブルフ著作集第4巻、東大出版会, 1961, p. 154 参照。

行政の恣意的行為に対してばかりではなく、立法者の恣意的行為に対しても守ろうとする生みだされた顕著な趨勢の中で、この解釈は、確かに現実の、しかも立法者をも拘束する法を含む一連の憲法諸規定の存在によって、承認されるのである²⁹⁾という。また彼は文言解釈からも法適用の平等説はとれないとして、その理由を次のように述べている。すなわち人が、文言を引き合いに出して、「前に」vor という短かい言葉に主眼をおくならば、これは、規範の規範、すなわち憲法による立法者の拘束を意味する。その点において、平等は、おのおのの法律に内在する前提と考えられる。これが法律「内にin」認められるならば、法律の「前vor」の平等もまた実現されるのである³⁰⁾。この学説はしたがって、「法律の前の平等」とは、単に法律を適用するばあい、各人を差別して待遇してはならないというだけでなく、法律を制定するばあいにも、その内容全体が、不平等であったり、その内容に不平等な規定を定めることが許されない趣旨である、と主張する。そしてワイマール憲法が、違憲立法審査制の規定を欠いていたことから、まさにこの主張に基づいて、あらゆる立法そのものが、平等原則に適合するか、否か、を審査できるとする理論が形成されたのである。換言すれば、この学説は、当時、違憲立法審査制肯定の理論的前提をなしたのである。

E. カウフマンも、その理由を同じ立場から、法律の前の平等の原則は、「神の前の平等」という神学思想のカルヴィニズムによる世俗化に由来する17および18世紀の合理主義的自然法の一原理であって、これをワイマール制憲議会 Weimarer Nationalversammlung が、この時代の普遍的法意識の一要素として発見し、採用したことを指摘し、この採用は、18, 19および20世紀にわたる諸民族共同体間において、単に国内法だけではなく、国際法においてもまた生成されてきた、いわば、既存のものに対する

告白、あるいは一思想に対する告白を意味するとし、ここに比較法的考察の必要性を説くのである³¹⁾。

この平等原則における立法者拘束説あるいは法的平等説を主張する公法学者は、すでに述べたライプホルツとカウフマンの他に H. アルダーク³²⁾、J. ハッチェック³³⁾、M. リューメリン³⁴⁾、ペッチュ・ヘフター³⁵⁾および H. トリーベル³⁶⁾らがいたが、彼らの敘述に一般的に³⁷⁾共通していることは、平等原則は、近代民主主義国家の憲法にとって、自明かつ普遍の原則であって、それがたとい憲法の条文に採用されたとしても、それは、制憲議会によって、創設されたものではなく、確認されて採択されているものである。したがって解釈にあたっては、実定憲法条文である「法律の前の平等」の背後に、より高次の法源である「普遍的法意識」という、いわば超実証的な法原理 überpositives Rech-

31) また、そこで E. カウフマンは、神の前の平等に由来する法律の前の平等の原則が、普遍的自由主義の遺産であるとし、それがカルヴィニズムの国々において、もっとも主要な実際の発達とすぐれて生氣ある適用をみ、とくにスイスとアメリカ合衆国に重要な実際の成果を見たと指摘している。E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: *Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin u. Leipzig 1927, S. 4 f. なおカルヴィニズムについては、松田智雄『プロテスタンチズムからみた人権』『人権の思想』毎日新聞社、1962, p. 205—206。

32) H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin, 1925, S. 51.

33) J. Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Bd. 1., Leipzig, 1922, S. 51. 196.

34) M. Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Tübingen, 1928, S. 18.

35) Poetzsch-Heffter, *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3. Aufl., 1928, S. 400.

36) H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien. Ein Rechtsgutachten*, Berlin u. Leipzig, 1924, S. 26, 30. derselbe, *Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin u. Leipzig, 1927, S. 52 ff. vgl. Ipsen, *a. a. O.*, S. 118.

37) 「一般的に」といったのは、立法者拘束説のうちには、次節以下において論ぜられるように、さらに物的平等説 sachliche Gleichheit および人的平等説 persönliche Gleichheit が包含されており、前者が、通説的地位を占めて、超実証的法原理にもとづく解釈態度を示したのに反し、後者は Nawiasky や Hippel など説く学者はきわめて少なく、その解釈態度は法実証主義的立場を示しているからである。

29) Leibholz, *a. a. O.*, S. 34.

30) Leibholz, *a. a. O.*, S. 35.

tsprinzip を認め、これにもとづいて、「法律の前の平等」の解釈を行なおうとしていることである。したがってこの平等原則における立法者拘束説あるいは法的平等説の解釈態度は、当該規定の意味を問題とするにあたって、それが本来どのような意味を担っているか、を考察することによって確定されるところなのであって、立法者非拘束説あるいは法適用の平等説において見られるように、文言自体からの意味の抽出、換言すれば論理の支配によってのみ確定されるところではない。それは、要するに、法規自身の担っている法哲学的、社会学的、思想史的あるいは比較法学的諸ファクターの認識の問題であって、当該規定のいわゆる「厳に法律的³⁸⁾」方法による解釈、すなわち文言自体からの解釈の問題ではない。

この立法者拘束説は、すでに指摘したように、超実証的法原理に立脚しているといえることができる。

2 学説の史的推移

このように「法律の前の平等」が、単に法適用の平等の保障のみにとどまるのか、あるいは法そのものの平等をも保障する規定なのかの論争、すなわち平等原則における立法者非拘束説と立法者拘束説との対立は、——ドイツにおいても、わが国においても同様に見られ、それがいずれも——憲法典の解釈態度における根本的な差異に由来している。

しかしながらこの両説の議論が、もっとも顕かな形をもってなされたのは、すでにワイマール憲法の下においてであった。

ワイマール憲法第 109 条 1 項は、それが 1849 年 3 月 28 日のフランクフルト憲法第 137 条 3 項「ドイツ人は法律の前に平等である」や 1850 年 1 月 31 日の旧プロイセン憲法第 4 条「すべてのプロイセン人は、法律の前に平等である」を継承して採用したことから、それまで通説であった、単に法適用の平等のみの保障であるとする立法者非拘束説の立場をそのまま制憲議会は採り、また制定当初の理論と適用においても、そ

のように了解されていたのである³⁹⁾⁴⁰⁾。

ところが、1924 年、国法学の著作中のこの論点に、一つの「動揺」(W. アペルト)が見られるに至る⁴¹⁾。この動揺とは、すなわち従来の通説であった立法者非拘束説に対し、平等原則は、単に執行権(行政と司法)のみならず、立法者をも拘束するとする、いわゆる立法者拘束説と、それと同時に、平等原則はあらゆる実質的、法的不平等の禁止を含み、法秩序は、同じ要件は同じに取扱うことを命じているとの、いわゆる相対的平等説の主張が、にわかに多く見られるに至ったことをさすのである⁴²⁾。しかも立法権を制約するとのこの第 109 条 1 項解釈支持の傾向は、沿革的、内容的に検討すれば、後述のとおり、単なる社会の階級あるいは一部人民の不平等な取扱いを禁止するとする立場⁴³⁾から、広く正義の実現を要求する立場、すなわち単に身分にもとづく不平等だけでなく、一切の正当な理由のない差別立法を否定する立場⁴⁴⁾へ赴くに至ったことをさす。

1922 年 J. ハッチェックは、従来の通説であった法適用の平等説または立法者非拘束説に対して、ブルクハルトの『註解スイス連邦憲法』⁴⁵⁾に依拠しながら法的不平等を形式的法的不平等と実質的法的不平等とに区別した⁴⁶⁾。形式的法

38) Triepel, *a. a. O.*, S. 8.

39) W. Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, zweite, unveränderte Aufl., München u. Berlin 1964, S. 301, 304, 305. H. P. Ipsen, *a. a. O.*, S. 115. Stier-Somlo, Gleichheit vor dem Gesetz, in: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Berlin, 1929, Bd. 1, S. 177. G. Anschütz, *a. a. O.*, S., 522.

40) またヘラーは、1918 年の革命後までのプロイセン憲法第 4 条「法律の前の平等」は、立法者に対する恣意の禁止を意味するものではなく、法律を適用する官吏に対するものに過ぎないというのが定説であった、と述べている。H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?* Tübingen, 1930, S. 8 f.

41) Apelt, *a. a. O.*, S. 304.

42) Apelt, *a. a. O.*, S. 304.

43) Ipsen, *a. a. O.*, S. 119.

44) vgl. Ipsen, *a. a. O.*, S. 119. 田上穰治行「憲法に於ける法律の意義」『法律による行政』有斐閣、昭和 17 年、p. 144 参照。

45) vgl. W. Burckhardt, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung v. 29. 5. 1874*, 3 Aufl., Bern, 1931, S. 25 ff.

的不平等とは、彼によれば、法適用と自由裁量を行なう執行官庁に起りうる不平等である、とする。もっともこのように限定する本質的な理由は、ライプホルツも指摘しているように、存在せず、形式的法的不平等のもとに、要するに、何が理解されるべきかも明らかとされない。他方、実質的法的不平等とは、立法機関と自由裁量を行なう執行官庁に起りうる不平等であって、内容的には、不合理な *unreasonable* 差別であるとする。ライプホルツは、ハッチェックのこの区別の不明確さを評して、自由裁量を乱用する執行官庁が、形式的にも、実質的にも不平等であると取扱うのかどうかを理解できないとするが、第109条1項平等の形式的と実質的の二つの区別の設定は、恐らく前者が執行に対する、そして後者が立法にも対する命令であることを述べたに止まるのであろう⁴⁷⁾。

かくして平等原則における立法者拘束説が、ワイマール憲法下の各著作中に、理論上明晰に展開されはじめたのは、この後の1924年であると考えられる。

1924年、H. トリーペルは立法者拘束説を主張し、「第109条1項は、単に階級立法 *Klassengesetzgebung* を除外する意味で、憲法の民主主義的性格にとって、ふさわしい平等理念の表現だけを規定しているのではない。この規定は、むしろ一様に取扱われなければならない諸要件の異なった取扱いを禁止することを少なくとも意味している⁴⁸⁾」と述べ、民法、刑法および訴訟法など、法律は、平等に定められるのが一般でありまた執行者がその規定にもとづいて、平等に適用するのは当然の責務であるのだから⁴⁹⁾、

「法律の前の平等の原理は、個々の法規は、およそ不平等に取扱うことが恣意を意味するところの、すなわち真面目な考慮の欠如に基づくところの、すべてのことを等しいものとして、取扱わなければならないという主張を意味している⁵⁰⁾」として、立法者をも拘束するとの解釈こそが、有意味なのだと主張する。

しかし何よりもこの立法者拘束説を公法学界に支配的ならしめたのは、前節で紹介した、ライプホルツであった。彼は1925年初版の『法律の前の平等⁵¹⁾』において、アメリカ合衆国およびスイスの解釈に十分な考察をなし、また「憲法の一原理としての平等が、アリストテレスの、あらゆる者に彼の適正なあるいは彼の公平な配分 *suum cuique* を与えるところの相対的あるいは比例的平等としてのみ理解されうることを論証した。同じ要件は同じように、同じでない要件は、同じでなく取扱わなければならない。今日の多元的デモクラシー *the pluralistic democracies* においては、いろいろな見解は、いかなる差異が、『本質的』とみなされうるのかに関して異なるであろう。この問題を決定することは、立法府の義務である⁵²⁾」。

かくて彼は、第109条1項の解釈が、立法府もまた平等条項を遵守しなければならないと主張し、W. ベッケンフェルデの分類に則せば、「恣意的禁止としての平等」 *Gleichheit als Willkürverbot*⁵³⁾ を説いたのである。すなわち法律の前の平等は、「立法権や執行権によって、法主体に向けられている正法を、その時々々の法意識に則して、恣意的に取扱わないこと⁵⁴⁾」と定義づけた。そして、H. クツチャーも指摘し

46) J. Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Bd. I., Leipzig, 1922, S. 195 ff. なお Leibholz は Hatschek のこの不平等を、形式的と実質的に区別したことを Burckhardt に依ったとしているが、しかしこの概念に新しい内容を与えたのだと述べている。Leibholz, *a. a. O.*, S. 51, N. 2.

47) Hatschek, *a. a. O.*, S. 195 ff. vgl. Leibholz, *a. a. O.*, S. 51, N. 2. 柳瀬良幹「平等の原則に就て」『行政法の基礎理論』2版, 弘文堂, 昭和33年, p. 58, p. 111.

48) H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung u. Vorzugaktien, Ein Rechtsgutachten*, Berlin u. Leipzig 1924, S. 26.

49) Triepel, *a. a. O.*, S. 27., derselbe, *VVDStL* 3, S. 50.
50) Triepel, *a. a. O.*, S. 30.

51) G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925.

52) H. Kutscher, *The Role of the Bundesverfassungsgericht in Insuring Equality under the Law*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 9, Tübingen, 1960, S. 198.

53) Böckenförde, *a. a. O.*, S. 47.

54) Leibholz, *a. a. O.*, S. 87.

55) Kutscher, *a. a. O.*, S. 198.

ているように、「このライブホルツの著名な著書『法律の前の平等』のために、この解釈（従来の通説であった法適用の平等説）は捨てられ」…新しい解釈（法的平等説）が、「一般に受入れられた⁵⁵⁾」のである。

これと同じ年、アルダークも、「すべてのドイツ人が法律の前に平等であるとの規定は、立法、司法、行政において、同じ要件は、一様に取り扱わなければならない⁵⁶⁾」と述べて、第109条1項の意味が無用な差別の禁止 *Verbot unsachgemässer Differenzierung* にあると主張し、平等原則における立法者拘束説支持の趨勢に沿っている。

翌1926年、ドイツ公法教師大会は、ミュンスターで開催され、法律の前の平等 *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* をテーマとした。この大会でE.カウフマンとH.ナヴィアスキーが、研究報告にあたったが、その中で、カウフマンもまた「法律の前の平等原則の起源および意味は、その原則の中に、超実証的に妥当する法原理が定められるべきであることを示している。だからこの原則は、何よりもまず立法者に向けられているものである⁵⁷⁾」と論じ、そして「単に法適用の意味に解するとき、法律の前の平等規定は、ただそれ自体自明のことを述べており、それは、単に陳腐な言葉 *eine Trivialität* に過ぎない⁵⁸⁾」としている。

56) H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin, 1925, S. 51. vgl. Böckenförde, *a. a. O.*, S. 53.

57) Kaufmann, *a. a. O.*, S. 5.

58) Kaufmann, *a. a. O.*, S. 6. なおアンシュッツは、こうした見解に対して、次のように反論を加えている。「第1項の意味は、とにかく十分に存在する」「憲法に明白にもとづく法適用の平等の保障は、決して余計なものではない。それは、ややもすれば、政党国家 *Parteienstaat* となる議会制民主主義において、単に望ましいだけではなくて必要なものである。そしてそれは、万が一、この政党国家がさらに反民主主義的な一党国家 *Einpartei-staat* に変質する場合に、二重に必要となるであろう」と。Anschütz, *a. a. O.*, S. 525 f. また見よ、Fleiner, *a. a. O.*, S. 140.

59) H. Nawiaskey, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in: *VV DSStL*, Heft 3, Berlin u. Leipzig 1927, S. 25 ff.

同じ席上ナヴィアスキーは、その研究報告⁵⁹⁾において、かつて1923年出版の『バイエルン憲法』 *Bayerisches Verfassung*⁶⁰⁾ で、彼自身、同憲法第15条1項の平等原則の解釈として論じた階級立法禁止の意味での立法権拘束を肯定する理論を、そこでも採用した。すなわち彼は第109条1項を、次の三つの意味に分類した。1は、法適用の平等の意味、2は、人間関係における法的平等 *Rechtsgleichheit in persönlicher Beziehung* の意味、3は、物的関係における法的平等 *Rechtsgleichheit in sachlicher Beziehung* の意味である。そして第109条1項の法律の前の平等は、近代諸憲法の平等原則が、封建的身分とそれに基づく特権の撤廃をその目的としたという歴史的事実とワイマール憲法の他の平等規定との関連と体系的解釈から判断して⁶¹⁾、上記1の法適用の平等の保障とともに、2の身分、性別、宗教、階級およびその他の社会的、先天的な地位を根拠に、立法上の人的差別を絶対に禁止するという⁶²⁾人的関係における法的平等の保障までを含むのだと述べた。換言すれば、立法者拘束の範囲は、上の分類の1に加えるに、2の場合のみであって、3は含まれないと主張する。そしてこの理由について、第3のいわゆる物的法的平等までの広範囲な保障を認めるとすれば、法令の司法審査を行なうにあたって、裁判官の専制をもたらす危険が存在するからに他ならないという⁶³⁾。この学説は、一般に、人的法的平等 *persönliche Rechtsgleichheit* 説と呼ばれている⁶⁴⁾。

60) H. Nawiaskey, *Bayerisches Verfassungsrecht*, 1923, S. 261. vgl. Leibholz, *a. a. O.*, S. 34, N. 1.

61) Nawiaskey, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in: *VV DSStL*, Heft 3, S. 26 ff., S. 29 ff.

62) Nawiaskey, *a. a. O.*, S. 35 ff. 39 f. vgl. Ipsen, *a. a. O.*, S. 119.

63) Nawiaskey, *a. a. O.*, S. 35, vgl. S. 43.

64) Ipsen, *a. a. O.*, S. 119. また柳瀬良幹教授によれば、この人的法的平等説は、沿革的には、物的法的平等へと「合理的には当然に移り行くべきもの」であって、「歴史上のある時期に於て妥当した」物的法的平等説の「一面」であるとする「平等の原則に就て」『行政法の基礎理論』弘文堂、昭和15年、p. 93 参照。さらにこの学説

かくて、1926年のドイツ公法教師大会は、憲法第109条1項の意味をテーマとして採り上げ、前掲二公法学者の報告を中心に、平等原則における立法者拘束説と立法者非拘束説との間に、活発な議論の応酬（次節参照）がなされた。そしてそれらの討議の中に、従来の通説の退兆をそこに看取することができる⁶⁵⁾。

翌1927年、C.シュミットも、その著書『憲法学』*Verfassungslehre*において、平等原則を非常立法の禁止 *Verbot von Ausnahme-gesetzen* であるとし、立法者拘束説を次のように主張している。「第109条は、非常立法を禁止している。この禁止によって、立法者もまた拘束される⁶⁶⁾」と。

こうして、1925、6年、新たに通説の地位を急速に獲得した平等原則における立法者拘束説は、その後も支持者の数を増大させていった。そしてさらに1928年以降には、若干の公法学者の著作の中に、従来の自己の学説を変更して、当該通説を採る学者も散見されるに至る。例えば、ペッチュ・ヘフターは、1928年、彼の著作 *Handkommentar der Reichsverfassung* の第3版で、彼が1921年の初版でとっていた立法者非拘束説を捨てて、次のように立法者拘束説の立場を表明した。「平等規定は、立法者の恣意に反対するものである⁶⁷⁾」。このような自己の学説変更の例は、スティア・ゾムロにも見ることができる。彼は、1924年の論文において、旧来の通説である立法者非拘束の主張を第109条1

項の解釈としていたが、1929年の彼の論文では、さきのナヴィアスキーと同じ解釈、すなわち平等原則の立法権に対する拘束を人的平等の範囲においてのみ承認し、この範囲においては、いかなる理由があろうとも差別立法を絶対に許容しないという、いわゆる人的平等説、換言すれば、狭義の立法者拘束説、の意味であるとしている。すなわち「ワイマール憲法を通じて首尾一貫しているのは、一つの身分、性別、宗教的信条、階級またはその他の社会的階級に属していることを、立法者が、原則的に、差別の出発点としてはならないという考えである⁶⁸⁾」という。

いまや平等原則における立法者拘束説は、通説の座を完全に確保したのである。

かくて、1924年、はじめて公法学において現われた当該論点のいわゆる動揺は、翌25年のライプホルツの著作の大きな影響のためもあって、26年ミュンスターにおけるドイツ公法教師大会の討議では、すでに、従来の通説である平等原則における立法者非拘束説の衰勢を見てとることができるのであるが、他方こうした状況は、各学者のこの論点についての趨勢の簡略な敘述の中にも、容易に窺い知ることができる。

もとより公法教師大会の討議が、すぐれて生味豊かな、その時点の公法学者の諸意見を表わし、またそれが、そのまま趨勢を理解することができるのに対し、公法学者の各論文におけるこの学説推移のあるいは趨勢の素描は、さきの討議における諸見解や各個の学者の論文および学説の変更などの分析・整理などの手続きを経た後の、いわば結語的な性格からして、また趨勢描写をする論文の執筆の時間的遅滞の理由からして、平等原則における立法者拘束説の通説化を指摘するさいに、現実の通説状況との間に若干の時差が生じるのは、当然のことであろう。例えば、人的平等を主張するE.v.ヒッペルは、1926年においてもなお、論文 *Zur Auslegung des Artikels 109 Absatz 1 der Reichsverfassung* の中で立法者非拘束説を通説と呼んで

が注目を要するのは、憲法全体の体系から平等原則を判断するという法実証主義を方法論として採用しているところにある。包括的に立法者拘束説と呼ばれる人的平等説と物的平等説との二学説は、各々異なった方法論を採り、前者が法実証主義に、これに対し後者が超実証的法原理に依拠している。したがって前者は、方法論としては、法適用の平等説と一致し、後者の物的平等説とは解釈態度を根本的に異にする。これに反し立法者拘束の視点よりすれば、拘束の範囲と程度とにおいて差はあるが、前・後者とも同じ立場に立つ。そして人的平等説を立法者拘束の視点から位置づけると、人的平等説は、物的平等説と法適用の平等との両説の中間の地位を占める。

65) 次節「論争の性格」参照。

66) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. Berlin, 1928, S. 155.

67) Poetzsch-Heffter, *a. a. O.*, S. 398 ff.

68) F. Stier-Somlo, *a. a. O.*, S. 192.

いるのである⁶⁹⁾。

しかしながら、このことを考慮に入れてもなお、平等原則における立法者拘束説の通説転位（またはプロセス）の状況は、次のような論文において、明瞭に把握されることができる。すなわち、ライプホルツは、1927年、1930年および1931年の論文で、立法者拘束説を通説と呼び⁷⁰⁾、「従来、支配的であった学説では、平等原則の規範の相手方は、法律適用の権限ある官庁……であるとされていた。……しかし今日の国法学の通説では、立法者もまた平等原則によって、拘束されなければならないことになっている。同様なものは同様に、異なれるものは異なっており、取扱われなければならない。このことは、結局、立法者が法の理念に拘束されることに他ならない⁷¹⁾」と書いている。

平等原則における立法者非拘束説を終始堅持した G. アンシュッツですら、彼の著書 *Die Verfassung des deutschen Reichs* (1933) の中で、第 109 条 1 項の注解をするにあたって、立法者非拘束説を「旧い狭義の解釈」、立法者拘束説を「新しい広義の解釈⁷²⁾」と呼び、「新学説を信奉することを公言する著者の数が、まさに増加しつつあることは、否定できないにもかかわらず、差し当りなお諸説紛々の状況である。……学問上の論議の問題は、専門家の多数決によって決定されるものではない⁷³⁾」といいなが

らも、自分の立場である立法者非拘束説をさしてもはや「以前の通説⁷⁴⁾」であることを認めていることは、注目に値する。

このような学説の推移から総合して、すでに、1926年ドイツ公法教師大会までには、平等原則における立法者拘束説は、通説の地位を占めていたと考えることができる。そしてこの立法者非拘束説から拘束説への通説化のプロセスは、とりもなおさず、法の淵源を実定憲法の条文である「法律の前の平等」の文言に限定し、それ以外の諸要素をすべて法的観察の範囲から排除しようとする法実証主義から、第109条1項を、単に憲法典の一規定とは見ず、実定法以前に存在する法原理のあらわれと見て、この法源まで遡ることによって、その内容を定めようとするところの一種の自然法主義あるいは超実証的法原理への過程を意味するものである⁷⁵⁾。

かくてワイマール憲法第109条1項の平等原則が立法者に対する命令をも含むのか、否かの論議を H. P. イプゼンに従って分類すると、一つは、従来の通説であった立法者非拘束説または法適用の平等説 *Lehre von der Rechtsanwendungsgleichheit*、二つは立法者拘束説または法的平等説 *Lehre von der Rechtsgleichheit*

73) Anschütz, *a. a. O.*, S. 526.

74) Anschütz, *a. a. O.*, S. 521.

75) 通説の変更について、O. ケルロイターは、こう書いている。「戦後(第1次世界大戦後)の自由主義的国法学は、この原則を法律の前に平等であるという従来の意味に解することに満足しなかった。平等の命題は、立法者にとっての拘束を含むもので、立法者が、個々の階級、集団ないし個々の人間を有利としたり不利としたりすることは、憲法的に禁ぜられていると主張した」と O. Koellreuter, *Deutsches Verfassungsrecht*, 1935. 矢部・田川訳『ナチス・ドイツ憲法論』岩波書店、昭和14年、pp. 129—130. また当該通説状況について、H. ヘルフリッツは、ワイマール憲法における法律の前の平等を次のように解説している。「これは、各人に対する平等の実質的権利(法律の平等)を意味するものではなく、人を顧慮することなく、平等に行なわれる法律の適用を意味しており、法律は、その内容の点で差別的であることができる」として、法適用の平等説を掲げている。しかし本文で述べたように当時の平等原則における立法者拘束説通説化の状況からして、これは、妥当な解説とはいえない。H. Helfritz, *Allgemeines Staatsrecht mit einem Abriss der Staatstheorien*, fünfte erweiterte und veränderte Auflage 1949. 松原正晃訳『一般国法学』、1960年、p. 288, 注(1).

69) E. v. Hippel, Zur Auslegung des Art. 109 Absatz 1 der Reichsverfassung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 10, S. 124 ff.

70) G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 1 Weimarer Reichsverfassung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, NF Bd. 12, S. 31. ライプホルツ、木村亀二訳『ドイツに於ける国法学の近況』『法学志林』Vol. 33, No. 8, 昭和8年、p. 34.

71) ライプホルツ「前掲論文」p. 50. またライプホルツの1927年の論文(注70)の中で「従来の通説(法適用の平等説)は、今日では、廃れたとみなされうる」(S. 31)と述べている。なおこれはミュンスターの公法学会の翌年のことである。これに対してアンシュッツは、彼の著書 *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl. 1933で、「この事実について述べることは、少なくとも早すぎた」(S. 526)のだと反論はするものの、同書中で、すでに自らも法適用の平等説を「以前の通説」と法的平等説の通説化を肯定している(S. 521参照)。

72) Anschütz, *a. a. O.*, S. 525, 526.

であり、これはさらに二分されて、1は、人的法的平等説 *Lehre von der persönliche Rechtsgleichheit* または人的絶対平等説、2は、物的法的平等説 *Lehre von der sachlichen Rechtsgleichheit* となる。そして上記の物的法的平等説の主張者は、自己の主張がイプゼンも述べているとおり、「ワイマール憲法下で、年とともに、通説化し、その運用においてもまた、ますます確固たる地歩を占めえたことに、満足の意をもらしたのであり⁷⁶⁾」、またすでに述べてきたごとく、物的法的平等説は、きわめて短期間のうちに、通説の座を勝ち得たのであった。

3. 論争の性格

ではワイマール憲法第109条1項の通説変更にかかわる論争は、いかなる性格のものであったか。この節の目標は、平等原則の関連において、その論争の性格を明らかにするにある。

平等原則をテーマとして取上げた1926年ミュンスターのドイツ公法教師大会において、最初の報告者 E. カウフマンは、「この主題 *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* が、選ばれたということが、すでに、特別な事情を示している。もしわれわれの学会が、第1次世界大戦前に開催されていたならば、法律の前の平等の原則は、公法学会における討議の主題とはならなかったであろう。私は、時代が変わったことを、大変に嬉しく思う。実証主義が、今日、法律学において、もはや通用しなくなったとみなされうること、またわれわれの学会が、少なくとも、問題を問題として感得し、法的問題の核心に導き、実定法のかなたにあるものに導くべき問題を、真剣に、討議しようとするのできることを、私は、喜んでいる⁷⁷⁾」と、その冒頭に述べている。このことから、われわれは、平等原則の立法者非拘束説と立法者拘束説との対立からんで、方法論的対立の存することが、容易

に察知できるであろう。これをさらに、具体的にかつ明確に主張しているのが、ホルシュタインである。彼は、この大会の席上、この日の討議が、法的思惟の大きな転向のまっただ中でなされていることを指摘し、「平等の主張の意味の変遷にもとづく問題が提出されることによって、実定法の彼岸にある精神史的問題が提起されている⁷⁸⁾」とし、そしてそれが、法実証主義から新自然法または法学における精神史的方法への転回として見てとることができるとする。彼はこのように平等原則における立法者拘束説の依ってたつ根拠を、「新自然法」「精神史的方法」と呼ぶが、その性格は、実定法を超え、かつその彼岸にある法の存在を承認し、またその法とは、例えば歴史学派のいわゆる「民族精神」であって、主観的思弁や純粋な恣意でなく、現実に生きて客観的に実在するものであるという⁷⁹⁾。彼のこの主張は、E. カウフマンによる「制度的方法」 *institutionelle Methode* の必要を主張する法律的概念構成——すなわちもはや法律的关系概念のみが対象とされるべきではなく、ふたたび法律の物概念に回帰されるべきである。したがって条文の背後にあり、「精神史的」または「精神科学的」にのみ捕捉されうる、法律制度が理解されなければならず、その制度中に包含されている窮極的規範の解明こそが法律学の責務であって、そのためにはおのこの法律制度の中に具現せしめられ、いわばその肉となっているところの倫理的内容（制度的正当性の観念）把握の必要性があるとする法的思惟——に依拠していると考えられる⁸⁰⁾。

しかし、ホルシュタインのこの解釈は、そこからさらに「精神史」または「法の理想」の客観的実在性をどう証明するかとの反論が、法実

78) Holstein, *VVDStL*, Heft 3, S. 55. また彼は、他の論文, *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 11. Bd., S. 25, 26. で精神科学的方法という言葉を使っているが、本文の精神史的方法と内容的には同じものである。

79) Holstein, *a. a. O.*, S. 55 f.

80) Kaufmann, *a. a. O.*, S. 4, 5, 13 ff. vgl. derselbe, *VVDStL*, Heft 4, S. 78, 81.

76) Ipsen, *a. a. O.*, S. 119.

77) Kaufmann, *VVDStL*, Heft 3, S. 3 f.

証主義の立場から当然予想される。同じことは、カウフマンの制度的正当性の主張に対しても向けられるであろう。けだし法実証主義の立場からすれば、それはまさに非法の領域であって、そこでの究極的価値にかかわる判断は、認識の問題ではなく帰依の問題であり、その妥当性を学問的に論証することは、原理的に不可能だと考えられるからである。これを裏書きするかのよう、当のカウフマンの「肝要なのは、平等問題の討議にあたって、それに関して、つとめてあらゆる法的現象の背後に存在する、あるものを起想することなのである⁸¹⁾」と超実証的法原理への回帰を説き、その根拠を「実定法の背後にあるところのものが、実定法におとらず、それどころか、それが真の実在であることの確信⁸²⁾」であるということに求めるのに対して、法実証主義または「法律的」方法をとる公法学者たちから、激しい反論が加えられた。アンシュッツやケルゼンからの反論がそれである。アンシュッツは、この平等原則を論じた席上、「最初の報告者 E. カウフマンの口から、私が最近まで古くなったもののように見做していたある思想が、どんなに強力に、どんなに告白力をもって、とびだしてきたか、それに直面して、私は驚いている。それこそ自然法の理念なのだ。この自然法の理念は、破壊しがたい生命力を持っているに違いない。私は以前には、一步前進したと思っていたのに、いまいっぺんに、とても古臭いように思わずにはいられなくなった。世界は動き、自然法はふたたび流行となった。最初の報告者は、自分の述べたことは、一つの信念として理解されるべきである、という。私は、彼に対して、別の信念を対置しよう。これについては、議論することはできない。私は、「法」*Recht* において一般意思 *Gemeinwillen* にもとづく人間の権力といったものの表現をみるのだ⁸³⁾」という。

同じ立場から、その席上、ケルゼンは、「カ

ウフマンは、法実証主義は廃れたという。……が、法実証主義は、廃れてはいないし、将来も廃れはしまい。自然法が廃れてしまうほどには。この対立は永久のものである⁸⁴⁾。自然法は、法的形而上学であればよいし、法律学の中で急進的主観主義になるであろう⁸⁵⁾。実定法は、実定的宗教に置換えられるものならば、置換えられればよい」。そして、ここで彼によって形而上学と自然法への法理論の転回に「政治的意味⁸⁶⁾」が付けられたのである。そしてケルゼンは終わりに、自然法への志向の本質に迫まり、自然法の「ベールを取除いて直視するものは、権力のゴルゴンの首に直面するであろう⁸⁷⁾」と、批判している。

かようにアンシュッツやケルゼンらは、カウフマンやホルシュタインらの自然法の復活および法と政治の混同を指摘して、第 109 条 1 項をその上ないし背後にある「価値体系」と関係づけて把握する仕方（精神的または精神科学的方法）を厳しく退けたが、彼らの論議の基調は、公法学の概念構成は、厳に法律的でなくてはならず、政治との接近は、あらゆる意味において排斥されるべきであるとする法実証主義的方法に他ならない。そしてそれは、具体的には、P. ラーバントの政治的、社会学的付属物を一切拭き去ってしまおうという彼の厳格な法律的方法

83) Anschütz, *VVDStL*, Heft 3, S. 47. 1927年ミュンヘンの同大会でも、法律学的概念構成についての討論に及んだ。そこでもスメントの報告に対して、アンシュッツは「法と政治の混同」と批難している。vgl., *VVDStL*, Heft 4, S. 75.

84) Kelsen, *VVDStL*, Heft 3, S. 53.

85) Kelsen, *a. a. O.*, S. 53 f.

86) Kelsen, *a. a. O.*, S. 54. 自然法への転回の「政治的意味」を、ケルゼンは次のように分析している。「かつては裁判官がもっとも厳格に法律に拘束されるべきだと主張した法律家が、今日では自然法を採用しながら、法律に対する広範囲の自由を裁判官に与えようとしていること、また議会の組織の中にあらわれたあの政治的構成の変動は裁判官階級においては、ほとんど見られないこと、したがって今日の裁判官階級と法律家階級との間には、法律家またはその一部と議会との間にあるような、あの政治的対立がないことは、いずれにせよはっきりしている」。Kelsen, *a. a. O.*, S. 54. 宮沢俊義「公法学における政治」『法学協会雑誌』Vol. 50, No. 7, p. 130. Sontheimer, *a. a. O.*, S. 45 f. 50.

87) Kelsen, *a. a. O.*, S. 55. 宮沢「前掲論文」p. 130.

81) Kaufmann, *a. a. O.*, S. 3.

82) Kaufmann, *a. a. O.*, S. 3.

と基を一にするものである。すなわちその方法とは、「個々の法規のより普遍的概念への還元および他方ではこの概念より生ずる結果の、論理的手段による推論」にある。したがって、それにとっては「すべての歴史的、政治的および哲学的考察は……意味がないものである⁸⁸⁾」と自ら誇っているものである。ケルゼンもまた、『一般国家学』の序文において、「自分自身の論稿が、いかに先進諸大家のそれに負うところが多いかを見、従来にもまして痛切に自分が、カール・フリードリッヒ・フォン・ゲルパー、パウル・ラーバンドおよびゲオルク・イェリネックをもっとも主要な代表者と名づくべき国家論的認識の一派に所属するのを感じず⁸⁹⁾」と認めている。また当のケルゼン自身も、多くの労作の中で、実定法の純粹認識の理論を展開して、「法律理論の純粹性は、法律学を倫理的、政治的分子と自然科学的分子（主に因果科学的、社会学的考慮——拙注）からの解放にある⁹⁰⁾」という。すなわち「法実証主義の理想は」、一方では因果科学的・社会学的考察の排除にあると説いて、法は規範であって自然法則ではないから、自然法則ないしは社会学的考察によって法の固有法則性は捉えられない。したがって法そのものが捕捉されないならば、法の認識において、それが排斥されなければならない⁹¹⁾、とし、また他方では、「実定法の理論に政治的傾向がなんの影響を及ぼさないようにする点にある」と説いて「政治的無関心という意味での実定法認識の純粹性は、法実証主義の特殊性格的な目的である。このことは、実定法の解釈とか、自然法による実定法の必然的訂正とかを口実として、何らかの政治的利益の実現を放棄することを意味する⁹²⁾」という。かくすることにより、非実定

法的ないっさいの分子の混入を排斥し、もっぱら実定法のみを法として捉えられうるとする。

平等原則のテーマのもとに、公法教師大会におけるカウフマンやホルシュタインらの主張は、こうしたラーバント、ケルゼン系の法実証主義的形式的方法の克服のために意識的になされた論議（新精神科学的方法による論議）であった。したがって彼らが、公法学において意識的に問題としたのは、法の意味について、法律の内容についてあるいは政治権力の目的についてであった。けだし彼らの心底には、章をあらためて明らかにされるように、法と正義について深く考えることもせずに責任ある法律家でいることはできないという確信があったからである。これら公法学者たちの哲学的本性の、この要求に加え、国法学の論議において憲法の現実性考察の導入をも、われわれは、同時に彼らの中に見てとることができる。ゾントハイマーもこの点について、こう指摘する。「国法学の精神史的および形而上学的領域への拡大は、政治的・社会的現実の世界への拡大と対応していた⁹³⁾」と。この側面の法的思惟を、ライプホルツは、次のように解説している。

一般の法と同じように、憲法も「同時にゾルレンとザインとの領域に関連」している。このことは、単純な規範的・純静的考察のみでは十分に理解されえないことを示すものである⁹⁴⁾。したがってこの静態的考察に加えて「生きた實在が憲法的分析の圏内に引入れられ⁹⁵⁾」なければならない。換言すれば、憲法の動態的考察によって補完されなければならない。けだし法はそれ自体完結体ではなく、つねに「流動するもの、持続的に発展を続けて行くところのものであるから⁹⁶⁾」である。他方単なる憲法の動態的

88) P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 5 Aufl., 4 Bde, Tübingen 1911, S. IX.

89) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925. 清宮四郎訳『一般国家学』岩波書店、昭和11年。序文p. 7.

90) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1923, 2 Aufl., S. 5.

91) H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, 1928, S. 7 f.

92) Kelsen, *a. a. O.*, S. 67. 横田喜三郎『純粹法学』勁草書房、1957, p. 78-79.

93) Sontheimer, *Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 46, Heft 1, Neuwied/Berlin, 1960, S. 43.

94) ライプホルツ、木村亀二訳「ドイツに於ける国法学の近況」『法学志林』Vol. 33, No. 8, p. 42.

95), 96) ライプホルツ「前掲論文」p. 43.

考察だけでも、その静態的要素の考察を欠くから、不十分であり正しいものではない」。けだし「当為の秩序は全然実在に従って規定されているものでもなければ、社会学的事実も単に現存規範によって価値判断せられるだけに止まり得るものでもないから⁹⁷⁾」である。しかしこの規範と実在との間には、「相互的關係も成立し得る」。例えば、もし法の一文言が、「法的実在に対して、異なった価値關係に立ち得るものであるとするならば、その法規の内容は、この法的実在によって変化せしめられることを得るのである⁹⁸⁾」。ゆえに、「静的な規範と動的な生活との間に成立する共同的、対立的、交互的作用に関しては、その具体的關係を説明するには、ただ静的および動的考察の両方法が結合されるという方法の選択がなされることによってのみ正しい理解が与えられうる⁹⁹⁾」と。

ドイツ公法学のこの精神科学的方法を掲げる学者たちは、現行憲法に関する単純な規範的考察だけでなく、同時に、さきに述べた哲学的基礎の上になされた考察と、このような社会学的基礎の上になされた考察をも意図していた。そして公法学においてこのような方法を採用することによって、きわめて広義の「目的」を考量の中に入れようとしていたのである。もっともかかる方法を採用することが、果して正当か否かは、ライプホルツも承認しているように、論理的には証明がつかない問題である。けだしそれは「論理的証明以前の意思決定」に関わることだからである。したがって、これが正当とされる所以は、法実証主義の方法を墨守しては、憲法動態も含めたより広い把握が、まったく得られないというところにある。

ドイツ公法学界におけるこうした一つの有力な傾向は、ゾントハイマーも指摘しているように、子細に見ると、まさに、「さまざまな道¹⁰⁰⁾」を包含していた。彼らのうちのあるもの、例え

ば、スメントやホルシュタインは、精神史的方法としての公法学の新しい基礎づけのための努力について語っているし、E. カウフマンとライプホルツは、新自然法ないしは法理想主義について述べているし、ヘラーは社会学的觀察の編入を主として目指していた。カール・シュミットもまた同様である。したがって、さきの実定法規の外にもきわめて広義のいわゆる目的を考察にあたって採用されるべきであるとするばあい、その説かれる考量すべき具体的内容は、あるいはその「法規の倫理的内容」を、あるいは「利益」を、またあるいは「目的」を多岐にわたっていた¹⁰¹⁾。

しかしそこで「めいめいが自己の努力にアクセントを置くにしても、法実証主義からの転回や、価値および現実アクセントをおいた国法学への志向¹⁰²⁾」という点で、換言すれば「彼らはすべて法律的ドグマの鎖から学問領域を解放することを目標¹⁰³⁾」としている点で、彼らは、同一歩調をとっていたのである。

かかる立場のカウフマンやホルシュタインらは、さきのとおり、異なった領域にある法と政治の混同あるいは予言者により啓示された宗教と手厳しい批判を蒙ったが、カウフマンは、これに対し、これらの対立は、まったく領域の異なった法律的觀察と政治的觀察との対立ではなく、「法律的觀察内の一つ的方法的対立¹⁰⁴⁾」であると反論する。そしてこの立場こそが、本来、法律的なもので、法実証主義には法理想主義的方法が欠如していたのである、と主張する。トリールも、1926年10月15日、ベルリンのフリードリッヒ・ヴィルヘルム大学総長就任演説で、法実証主義を真向から否定して公法学の対象が、結局政治的以外の何ものでもないとし、法そのものが相衝突する利益に対して下されたところの価値判断の複合物に他ならないのだから、目

97) ライプホルツ「前掲論文」p. 43.

98) ライプホルツ「前掲論文」p. 44.

99) ライプホルツ「前掲論文」p. 44.

100) Sontheimer, *a. a. O.*, S. 48.

101) 宮沢俊義「公法学における政治」『法学協会雑誌』Vol. 50, No. 7, p. 133.

102) Sontheimer, *a. a. O.*, S. 48.

103) Sontheimer, *a. a. O.*, S. 48.

104) E. Kaufmann, *VVDStL*, Heft 4, S. 82.

的論的方法が法律学の対象に適合した方法なのであると述べて、政治的考察と論理的、形式的概念作業との結合を要求したのである。このように彼は、精神的、政治的要素の公法学への導入を強調しつつも¹⁰⁵⁾、「われわれは、政治をもって公法学に代替した時代に帰ろうとは思っていない¹⁰⁶⁾」としているのは、カウフマンと同じく、彼の方法が法律的考察内の一方法的対立であることを主張しようとするものと考えられる¹⁰⁷⁾。

またアンシュッツの自然法への回帰としてなされた非難に対して、ライプホルツが、「かの合理主義的自然法の再生ではない」と反論しているのは、その性格を知るためにも注目を要するであろう。ライプホルツは、続けて次のように述べた。「今日では、合理主義的自然法とはうらはらに、正義は内容上、普遍妥当的なもの

ではなく……むしろ法理念は、その他の価値と同様に、生活と不可離統一のもとに結合され、またそれは質料と関連せしめられているから、永久に発展するものと理解されている¹⁰⁸⁾」と。

さて多方面に分かれてはいたが、こうした法秩序の論理的自足性のドグマの鎖から公法学の解放を一致して目指す学者たちは、さきのカウフマン、トルーペル、スメント、カール・シュミット、ヘラーなどの他、O.ケルロイター、ハンス・ゲルバー、ビンダー、トーマなど多数を挙げることができる。

このように、1926年、ミュンスターの大会において「ワイマール憲法第109条の意味における法律の前の平等」をテーマとして行なわれた報告と討議は、すでに述べたように、その根底において、公法学上の方法論の対立であった。それは、アンシュッツやケルゼンらの公法学における実証主義的立場とこれを克服しようとするカウフマンやホルシュタインらの実定法以前のあるいはそれを超えた民主主義社会に普遍の法意識というさらに高次の超実証的法源の承認を主張する立場との対立であった。さらに厳密には、平等原則における立法者非拘束説と拘束説との学説上の対立は、実は、実証主義によるいわゆる法律的方法に対して、公法学における法的思惟の危機を叫ぶ当時のいわゆる新精神科学的方法への強調であったといえる。そして、このことは実は「法実証主義」に対する「精神科学的方法」の公法教師大会における支配的傾向の証言でもあったのである¹⁰⁹⁾。 [未完]

105) H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlin 1927, S. 12, 37. vgl. Sontheimer, *a. a. O.*, S. 47. なおトリューペルのような目的論的方法を主張しているのに R. トーマ, E. v. ヒッペル, E. カウフマン, R. スメント, H. ヘラーらがいる。vgl. R. Thoma, *Das Richterliche Prüfungsrecht*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 5Bd., 1922, S. 267 ff. H. Heller, *Bemerkungen zur Staats- und rechts-theoretischen Problematik der Gegenwart*, in: *AöR*, N. F. 16. Bd. S. 321 f., 354. また E. シュヴィンゲによると、本稿の目的論的・価値関係の概念構成が、典型的な精神科学的概念構成だとする。E. Schwinge, *Der Methoden in der heutigen Rechtswissenschaft*, 1930, S. 18 f.

106) Triepel, *a. a. O.*, S. 37.

107) 宮沢「前掲論文」p. 135.

108) ライプホルツ「前掲論文」p. 48.

109) 田上稜治「憲法解釈の自然法的解釈」「警察法の歴史的習俗的性格」『自由権・自治権及び自然法』有斐閣、昭和21年、p. 14, 159. 参照。